

Tutela cautelare e processo amministrativo

Lezione del 7 marzo 2016

Avv. Maria Vittoria Lumetti

La tutela cautelare nel processo amministrativo

Il processo amministrativo ha una struttura prevalentemente monofasica, che si incentra nella celebrazione dell'udienza di merito.

Tuttavia frequentemente, se il ricorso contiene la domanda cautelare, il processo assume una struttura bifasica, in quanto si inserisce nel procedimento anche la fase cautelare o d'urgenza.

Gli artt. 55-62 del codice disciplinano la fase cautelare.

Il codice mantiene l'impostazione delle misure cautelari con contenuto ATIPICO introdotto dalla l. n. 205/2000.

Lo scopo del codice è quello di porre argine alla cautelarizzazione del processo amministrativo, ossia all'enorme successo che la tutela cautelare ha avuto negli ultimi decenni nel processo amministrativo.

Il codice ribadisce il **carattere accessorio della tutela d'urgenza rispetto al merito**, ma, come vedremo, in molti casi la valorizza.

I fatti posti a base del procedimento cautelare sono diversi da quelli allegati o da allegare nel procedimento di merito (o di cognizione piena), in quanto in quest'ultimo non è richiesto il requisito del *periculum*.

I requisiti richiesti dal codice al fine della concessione della fase cautelare sono:

-1) Fumus boni iuris, ossia della valutazione provvisoria o di semplice verosimiglianza, di ragionevole apparenza del diritto fatto valere (SOMMARIA COGNITIO, SOMMARIO GIUDIZIO PROGNOSTICO, RAGIONEVOLE PROBABILITÀ DEL BUON ESITO DEL RICORSO).

-2) Periculum in mora: probabilità del verificarsi di un danno. Il danno deve essere specificamente allegato dal ricorrente nell'istanza: il giudice non può d'ufficio ipotizzare l'esistenza nè introdurlo nel

Art. 55 c.p.a.

Comma 1: *«Se il ricorrente, allegando di subire un PREGIUDIZIO GRAVE ED IRREPARABILE durante il tempo necessario a giungere alla decisione sul ricorso, chiede l’emanazione di misure cautelari, compresa l’ingiunzione a pagare una somma provvisoria, che appaiono, secondo le circostanze, più idonee ad assicurare interinalmente gli effetti della decisione sul ricorso, il collegio si pronuncia con ordinanza emessa in camera di consiglio».*

Segue...

COMMA 3: «*la domanda cautelare può essere proposta con il ricorso di merito o con distinto ricorso notificato alle altre parti*».

COMMA 4: «*la domanda cautelare è improcedibile finché non è presentata l'istanza di fissazione dell'udienza di merito, salvo che essa debba essere fissata d'ufficio*». (**carattere accessorio della tutela d'urgenza rispetto al merito**)

COMMA 9: «*L'ordinanza cautelare motiva in ordine alla valutazione del pregiudizio (**PERICULUM**) allegato e indica i profili che, ad un sommario esame, inducono ad una ragionevole previsione sull'esito del ricorso (**FUMUS**)*».

PERICULUM DA TARDIVITÀ

La valutazione sull'esistenza del *fumus* è logicamente anteriore rispetto alla valutazione sulla esistenza del *periculum*. È al servizio del *fumus* che viene valutato il *periculum*.

Il **periculum** può essere **da tardività** o **da infruttuosità**.

Se il *periculum* è di tardività il pericolo è costituito proprio dalla **mera durata del processo**, che diventa causa di pregiudizio. In questo caso la tutela cautelare si sostanzia in una **misura anticipatoria della futura sentenza**.

PERICULUM DA INFRUTTUAOSITÀ

Se il *periculum* è di INFRUTTUAOSITÀ il pericolo deriva dal rischio che durante il tempo necessario per lo svolgimento del processo a cognizione piena sopraggiungano fatti tali da rendere impossibile o molto difficoltosa la concreta possibilità di attuazione della sentenza.

In questo caso la tutela cautelare **PREVIENE IL DANNO**, e si tratta di **MISURA CONSERVATIVA**.

DAL PROCESSO AI PROCESSI AMMINISTRATIVI CAUTELARI

Dopo l'entrata in vigore del D.L.gs 104/2010 non è più configurabile un solo modello di processo amministrativo, né un solo modello di processo amministrativo cautelare.

Il codice prevede e disciplina **vari riti differenziati in base alla materia**, da trattare con termini processuali differenti, *spesso interamente celebrati in camera di consiglio*, che tendono a trasformarsi in **micro-processi** **contrapposti al rito ordinario.**

Eventualità della fase di cognizione piena (detta di merito)

A causa del suo successo il rito agile e veloce della fase cautelare è utilizzato dal codice come modello autonomo e come rito *pass part tout* in altri procedimenti (accesso, silenzio, ottemperanza). Non solo: ma il procedimento cautelare è stato reso autonomo, ossia sufficiente ai fini della definizione del processo amministrativo. La fase a cognizione piena o di merito è eventuale o residuale, in presenza di determinati presupposti previsti dal codice.

La tutela cautelare come strumento di semplificazione normativa

La tutela cautelare oltrepassa dunque il fronte della strumentalità, a causa della ghigliottina normativa di alcune norme previste dal codice.

La risistemazione razionale della materia attuata ha l'obiettivo di utilizzare il codice come strumento della semplificazione normativa.

PRINCIPI ISPIRATORI DEL PROCESSO

Per spiegare le nuove norme in materia cautelare dobbiamo fare riferimento ai principi ispiratori del processo.

Gli obiettivi sono essenzialmente due:

1) La ristrutturazione in modo organico delle norme di settore succedutesi nell'arco degli anni e, quindi, di ogni forma di tutela dell'interesse legittimo e diritto soggettivo in un ambito in cui l'assenza di regole univoche può aver determinato incertezza applicativa ed interpretativa (V. ART. 7

ART. 1 DEL CODICE: L'EFFICIENZA

2) Restituzione della efficienza efficacia e legalità.

L'art. 1 del codice recita: la giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena (sistema aperto di tutele) ed effettiva secondo i principi della costituzione e del diritto europeo (diritto UE e diritto CEDU).

Il codice si pone dunque nell'ottica dell'esecuzione del programma di semplificazione delegificazione e razionalizzazione in testi unici delineato dalle leggi Bassanini al fine di riformare settori normativi un tempo disciplinati da leggi sparse. (V. ART. 7 COMMA 7 C.P.A.)

ART. 2: CELERITÀ

L'art. 2 così dispone: «*Il processo amm. attua i principi della parità delle parti (onere deposito memorie 2 gg prima dell'udienza), del contraddittorio (artt. 27, 35, 49, 55, 27 co 2, 116) del giusto processo previsto dall'art. 111 primo comma della Costituzione*».

Il giudice amministrativo e le parti cooperano per la realizzazione della **RAGIONEVOLE DURATA DEL PROCESSO** (legge Pinto, artt. 60, 82 perenzione, 72).

IL CODICE RECEPISCE LE TRASFORMAZIONI PIÙ SIGNIFICATIVE DEGLI ULTIMI ANNI

L'articolato del codice si caratterizza infatti come continuazione ideale delle innovazioni introdotte nel processo e nel procedimento amministrativo nonché delle pronunce emesse a livello internazionale, anche nell'ottica dell'evoluzione della disciplina della funzione statale di indirizzo e coordinamento.

Fonte di legittimazione del codice:
scaturisce dall'esercizio di un potere
normativo delegato, previsto dalla l. 69/2009
art. 14.

Art. 7 co 5 l. 50/99 (legge Bassanini):
prevede la possibilità che il Governo
demandi la redazione degli schemi di **testi
unici DI SEMPLIFICAZIONE** (ai sensi
dell'art. 14 co 2 TU C.d.S. n. 1054/24), sul
modello delle *compilationes* giustiniane.

LE ALTRE CODIFICAZIONI

Altri testi unici e codici:

T.U. IN MATERIA DI ESPROPRIAZIONE (DPR 8.6.2001, n. 327).

DI EDILIZIA

T.U. E POI CODICE DEI BENI CULTURALI

T.U. IN MATERIA DI DOCUMENTAZIONE
AMMINISTRATIVA

CODICE DELLA PRIVACY

CODICE DEGLI APPALTI

Il codice ha coordinato la congerie di norme preesistenti e stratificatesi in più di un secolo di legislazione, elaborando dubbi interpretativi, dando veste normativa ai principi elaborati dalla giurispr. e dalla Corte Cost., definendo abrogazioni tacite ed ambito di applicazione di norme residue. Il Testo crea regole nuove e il risultato è costituito da un corpo di norme raggruppanti le disp. legisl. e regolamentari della materia, con la previsione dell'abrog. delle previgenti norme.

DAL PUNTO DI VISTA STRUTTURALE IL CODICE È CARATTERIZZATO DA UN UNICO TESTO RIASSUNTIVO.

IL SIGNIFICATO DI CODICE

Il codice si affianca ai codici di procedura esistenti anche il termine codice non è da intendersi in senso tecnico per lo meno quanto al significato storico, bensì come sinonimo di TESTO ORGANICO.

È costituito da 155 artt. suddivisi in 5 libri divisi in capi. Sono state abrogate circa 50 fonti normative

Art.7 del c.p.a. - Giurisdizione amministrativa

1. «Sono devolute alla giurisdizione amministrativa le controversie nelle quali si faccia questione di **INTERESSI LEGITTIMI** e, nelle particolari materie indicate dalla legge, di **DIRITTI SOGGETTIVI** (cd. giur esclusiva)...

3. «La giurisdizione amministrativa si articola in Giurisdizione generale di **LEGITTIMITÀ, ESCLUSIVA** ed estesa al **MERITO**».

Art. 7 co 6 e 134 c.p.a.: il G.A. esercita giurisdizione con cognizione estesa al merito nelle controversie indicate dalle legge e dall'art. 134, nell'esercizio di tale giurisdizione il G.A. **PUÒ SOSTITUIRSI ALL'AMM.**

DISTINZIONE TRA DIRITTI SOGGETTIVI **ED INTERESSI LEGITTIMI COME** **CRITERIO DI RIPARTO TRA G.O. E G.A.**

La distinzione tra diritti soggettivi e interessi legittimi continua a costituire il presupposto per il riparto della giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Ciò sulla scorta dei criteri elaborati dai giudici della Corte costituzionale e dalla Costituzione stessa (artt. 103 e 113).

La norma conferma anche la L.a.c. (legge abolitrice del sistema amministrativo) del 1865 all. E, non abrogata dall' all. 4 (art. 4 c.p.a.) e, come tale, destinata a sovrapporsi all'assetto normativo vigente con le connesse difficoltà di coordinamento.

DUTTILITÀ DELLA FASE CAUTELARE: TUTELA CAUTELARE ANTE CAUSAM E TUTELA MONOCRATICA

Ma torniamo alla tutela cautelare.

Come abbiamo visto il codice prevede IL RITO CAUTELARE COLLEGIALE ORDINARIO, regolato dall'art. 55.

Prevede anche la possibilità di richiedere una tutela cautelare *ante causam* ancor prima della proposizione del ricorso stesso (cautela preprocessuale).

Prevede altresì la possibilità di richiedere la tutela cautelare monocratica nei casi di estrema urgenza prima della camera di consiglio ordinaria (miniprocedimento cautelare).

GLI INNESTI NELL'INCIDENTE CAUTELARE

Ecco perché possiamo dire che siamo passati dal procedimento cautelari ai procedimenti cautelari.

Nel processo cautelare sono prospettabili vari innesti:

- 1) Tutela *ante causam* nella fase collegiale ordinaria (**ART. 61 C.P.A.**).
- 2) Tutela cautelare monocratica nella fase collegiale ordinaria (procedimento minicautelare) (**ART. 56 C.P.A.**).
- 3) Tutela *ante causam* e procedimento minicautelare nei giudizi abbreviato e immediato.

ART. 61 – MISURE CAUTELARI ANTERIORI ALLA CAUSA

Art. 61: «*In caso di eccezionale gravità e urgenza, tale da non consentire neppure la previa notificazione del ricorso e la domanda di misure cautelari provvisorie con decreto presidenziale, il soggetto legittimato al ricorso può proporre istanza per l'adozione delle misure interinali e provvisorie che appaiono indispensabili durante il tempo occorrente per la proposizione del ricorso di merito e della domanda cautelare in corso di causa*

....

Comma 3: «*L'incompetenza del giudice è rilevabile d'ufficio*».

Comma 4: «*Il decreto che rigetta l'istanza **non è impugnabile**; tuttavia la stessa può essere riproposta dopo l'inizio del giudizio di merito con le forme delle domande cautelari in corso di causa*».

TUTELE CAUTELARI ANOMALE RISPETTO A QUELLA COLLEGIALE

Ma prevede anche fasi cautelari anomale, ossia casi in cui la fase cautelare viene COMPRESSA AMPLIATA O CONVERTITA in altri riti.

Il risultato ottenuto è sempre quello di anticipare, in parte, il merito.

Ma vediamo come.

ART. 56 C.P.A: DECRETO CAUTELARE MONOCRATICO

INAUDITA ALTERA PARTE

Art. 56 c.p.a.: «*Prima della trattazione della domanda cautelare da parte del collegio, in caso di ESTREMA GRAVITÀ ED URGENZA, tale da non consentire neppure la dilazione fino alla data della camera di consiglio, il ricorrente può, con la domanda cautelare o con distinto ricorso notificato alle controparti, chiedere al presidente del T.A.R., o della sezione cui il ricorso è assegnato, di disporre misure cautelari provvisorie...Il presidente provvede sulla domanda con decreto motivato non impugnabile..Il decreto, nel quale deve essere indicata la camera di consiglio di cui all'art. 55 comma 5,, in caso di accoglimento è efficace sino a detta camera di consiglio. Il decreto perde efficacia se il collegio non provvede sulla domanda cautelare nella camera di consiglio di cui al periodo precedente...»*

(CONSUMAZIONE DEL POTERE PRESIDENZIALE).

CASI DI TUTELA CAUTELARE COMPRESSA

Nel processo abbreviato - Art. 119 co 3: fase cautelare *finta*, in cui la tutela cautelare non decolla, ma si prepara a convertirsi in giudizio di merito, pur sussistendone i presupposti per poterla prendere in esame.

TUTELA CAUTELARE

AMPLIATA

Sempre nel giudizio abbreviato (altra ipotesi): 119 co 3: dilatazione della fase istruttoria, che diventa piena, come nel giudizio di merito.

Nel giudizio abbreviato speciale (appalti).
Art. 120 co 8: in questo rito il giudice può adottare le misure cautelari qualora ravvisi i presupposti ordinari del *fumus* e del *periculum* (quindi la fase cautelare non è *finta* come nel 119). La fase istruttoria della fase cautelare, tuttavia, si amplia, in quanto la norma accorda al giudice la possibilità di ordinare adempimenti istruttori e concedere termini a difesa, sempre in fase cautelare.

CONVERSIONE DELLA FASE CAUTELARE IN RITO IMMEDIATO (ART. 60 e 74)

Si tratta di una misura sollecitatoria che consente la definizione del giudizio all'esito dell'udienza cautelare.

Art. 60: *«In sede di decisione della domanda cautelare...il collegio, accertata la completezza del contraddittorio e dell'istruttoria, sentite sul punto le parti costituite, PUÒ DEFINIRE, IN CAMERA DI CONSIGLIO, IL GIUDIZIO CON SENTENZA IN FORMA SEMPLIFICATA, salvo che una delle parti dichiara che intende proporre motivi aggiunti, ricorso incidentale o regolam di compet. o giurisd.».*

CONVERSIONE DEL RITO **CAUTELARE IN ALTRI RITI**

Il codice prevede ipotesi di conversione dell'incidente cautelare in decisione sul merito *attraverso l'innesto del rito immediato (art. 60 c.p.a.):*

- 1) Giudizio abbreviato (art. 119, comma 3)
- 2) Giudizio abbreviato speciale (120, comma 6)

Art. 119 RITO ABBREVIATO RELATIVO A SPECIALI CONTROVERSIE

Caratteristiche:

1) Diminuzione dei termini

2) Eliminazione o massima compressione della fase cautelare. La sospensione del provvedimento è consentita solo nei casi di estrema gravità ed urgenza, mentre laddove sussista un pregiudizio grave ed irreparabile **non qualificato**, la misura cautelare ricopre mero carattere processuale e si sostanzia nella fissazione urgente dell'udienza di merito

Giudizio abbreviato Art. 119 comma 1

«Tutti i termini processuali ordinari sono dimezzati salvo, nei giudizi di primo grado, quelli per la notificazione del ricorso introduttivo, del ricorso incidentale e dei motivi aggiunti, nonché quelli di cui all'art. 62, comma 1 (appello cautelare) e quelli espressamente disciplinati dal presente articolo»

Segue Art. 119, comma 3

«Salva l'applicazione dell'art. 60, il TAR...accertata la completezza del contraddittorio ovvero disposta l'integrazione dello stesso, se ritiene, a un primo sommario esame, la sussistenza di profili di fondatezza del ricorso e di un pregiudizio grave ed irreparabile, fissa con ordinanza la data di discussione del merito entro 30 giorni, disponendo altresì il deposito dei documenti necessari e l'acquisizione delle eventuali altre prove occorrenti (dilatazione della fase cautelare che tuttavia non sfocerà con la tutela d'urgenza richiesta).

..comma 4: con l'ordinanza di cui al comma 3, in caso di estrema gravità ed urgenza, il tar o il Consiglio di Stato possono disporre le opportune misure cautelari».

Art. 120 giudizio abbreviato speciale in materia di appalti

Rispetto all'art. 119 le disposizioni specifiche dell'art. 120 prevedono un rito ancora più accelerato.

Si rinvia.

CONVERSIONE DELL'INCIDENTE CAUTELARE IN DECISIONE SUL MERITO

senza il passaggio attraverso il giudizio immediato

1) art. 55 co (novità: forma di tutela intermedia)

2) Art. 71 co 5 (fissazione udienza di merito senza alcuna pronuncia in sede cautelare in presenza di taluni presupposti)

3) Art. 72 (fissazione udienza di merito senza alcuna pronuncia in sede cautelare nei casi di questione unica)

Art. 55 comma 10: una nuova FORMA DI TUTELA CAUTELARE INTERMEDIA (ELIMINAZIONE DELLA FASE CAUTELARE)

Nel caso dell'art. 55 comma 10 la fase cautelare viene eliminata. La norma introduce una nuova forma di tutela intermedia, una corsia preferenziale che costituisce una novità assoluta.

Così dispone l'art. 55 co 10: *«Il Tar, in sede cautelare, se ritiene che **le esigenze del ricorrente siano apprezzabili favorevolmente** (fumus più accurato, qualificato) e **tutelabili adeguatamente** (requisito ulteriore) **con la sollecita definizione del giudizio nel merito**, (periculum) **fissa con ordinanza collegiale la data della discussione del ricorso nel merito**».*

...Art. 71 co 5 (baratto).

ELIMINAZIONE DELLA FASE

CAUTELARE

Il risultato di questo «scambio» è quello di eliminare la fase cautelare. Infatti l'art. 71 comma 5 stabilisce che il termine di fissazione dell'udienza è *ridotto a 45 giorni, su accordo delle parti, se l'udienza di merito è fissata a seguito di RINUNCIA ALLA DEFINIZIONE AUTONOMA DELLA DOMANDA CAUTELARE».*

...Art. 72: singola questione di diritto
(ELIMINAZIONE DELLA FASE
CAUTELARE)

Anche in questo caso viene eliminata la fase cautelare.

*«Se al fine della decisione della controversia occorre risolvere una singola questione di diritto, anche a seguito di rinuncia a tutti i motivi o eccezioni, e se le parti concordano sui fatti di causa, il presidente **fissa con priorità l'udienza di discussione**. Il collegio, se rileva l'insussistenza dei presupposti di cui al comma 1, dispone con ordinanza che la trattazione della causa prosegua con le modalità ordinarie».*

I VARI TIPI DI URGENZA

Il c.d. *deficit* culturale della fase di merito ha causato la frantumazione della tutela cautelare. Ciò ha dato luogo alla **configurazione di vari tipi di urgenza**:

Dal **DANNO GRAVE ED IRREPARABILE** (art. 55, comma 1: procedimento cautelare collegiale, art. 62 tutela in appello; art. 98 sospensione sentenza, art. 119 comma 3 rito abbreviato; art. 120, comma 8, rito abbreviato speciale degli appalti);

Al **DANNO ESTREMO** (art. 56 procedimento monocratico; 119 co 4 rito abbreviato).

Al **DANNO ECCEZIONALE** (art. 61 –tutela *ante causam* e 111 ricorso in Cassazione).

Sino a giungere al **PERICULUM BILATERALE** (art. 125 comma 2).

segue...LA GRADUAZIONE DELL'URGENZA

Si parte dal pregiudizio grave ed irreparabile degli artt. 55 comma 1, 98 comma 1, 119 comma 3 (in questo caso arricchito dalla fondatezza), 120 comma 8 (non menzionato ma che si dà per scontato), 125 comma 2 (dove diventa bilaterale e solo irreparabile, orfano della gravità), fino alla eccezionale gravità ed urgenza (artt. 61 comma 1 e 111), passando *medio tempore* per l'estrema gravità (art. 56 comma 1, 119 comma 4).